

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG und in der (vorläufigen) Eigenverwaltung

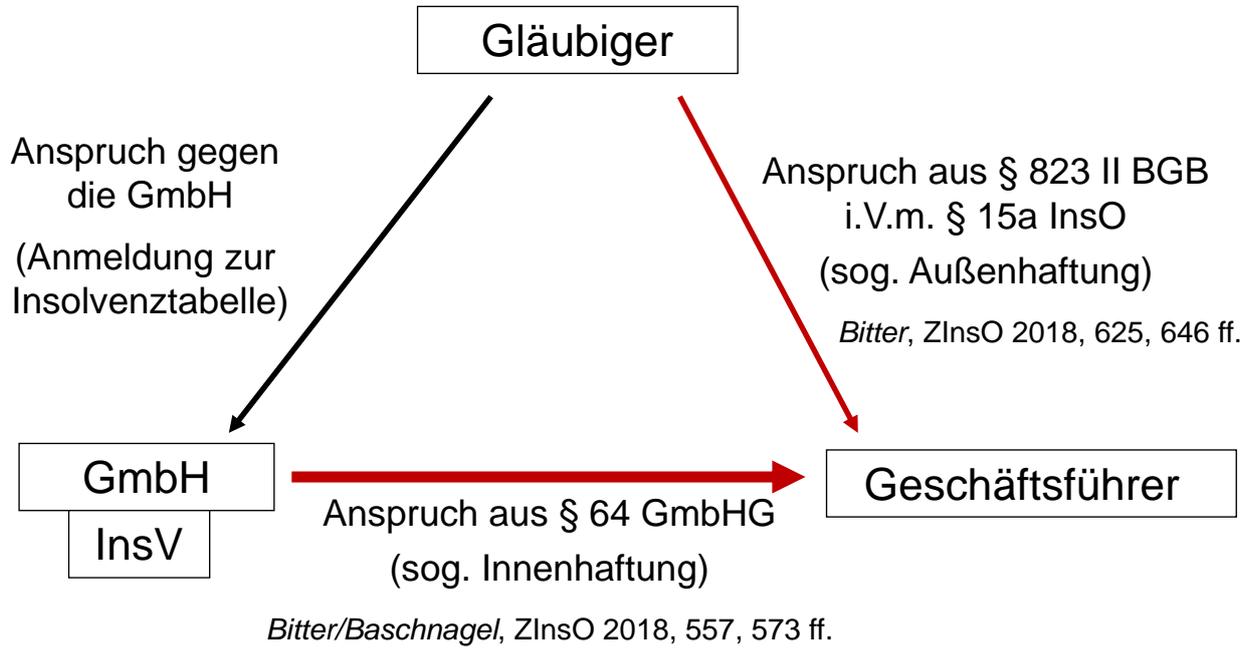
Abendsymposium des ZIS
am 4. Februar 2020 in Mannheim

www.georg-bitter.de

Gliederung

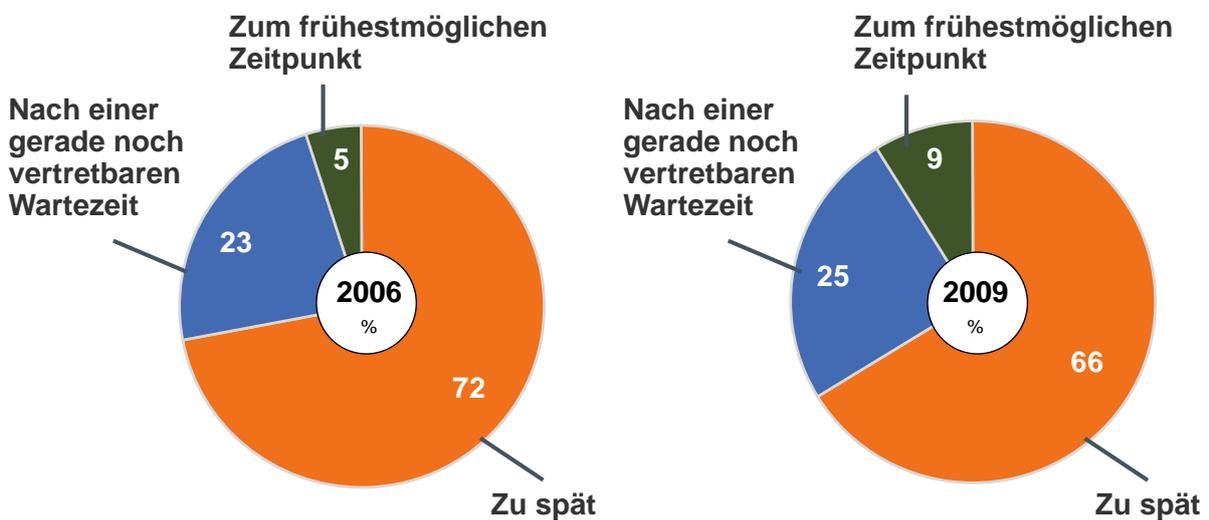
- I. Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG
 1. Anwendungsbereich
 2. Haftungsadressat
 3. Begriff der Zahlung
 4. Hauptproblem: Haftungsumfang
 5. Aktiventausch
- II. Geschäftsführerhaftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung
 1. Haftungsprobleme im Überblick
 2. Das Urteil des BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 m. Anm. *Bitter*
 3. Offene Fragen nach dem Urteil des BGH

I. Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG



I. Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG

Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)



1. Anwendungsbereich

Literatur: Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 573 ff.

a) Erfasste Gesellschaftsformen

- § 64 GmbHG gilt für die GmbH und die UG (haftungsbeschränkt)
- für die AG gelten §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG
- für die eG gelten §§ 34 III Nr. 4, 99 GenG
- für die oHG und KG ohne natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter gelten §§ 130a I 1, 177a HGB
- BGH ZIP 2010, 1080: keine analoge Anwendung beim Verein

1. Anwendungsbereich

b) Zeitlicher Anwendungsbereich

- BGH ZIP 2009, 860 (LS 1): Anwendung **ab Eintritt der Insolvenzreife**, nicht erst nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist des § 15a I 1 InsO
- Anwendbarkeit nach dem Insolvenzantrag streitig, abhängig vom Schutzzweck des § 64 Satz 1 GmbHG
 - h.M.: Schutzfunktion = Erhaltung der verteilungsfähigen Masse ⇒ **Anwendung grundsätzlich auch nach dem Insolvenzantrag**
 - ⇔ keine Anwendung bei starker vorläufiger Insolvenzverwaltung
 - Druckfunktion in Bezug auf die Antragstellung = Verhinderung der Insolvenzverschleppung ⇒ Unanwendbarkeit nach dem Antrag

1. Anwendungsbereich

b) Zeitlicher Anwendungsbereich

- Argumente für eine Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG nach Antragstellung
 - Wortlaut des § 64 Satz 1 GmbHG enthält keine Begrenzung
 - Pflicht zur Massesicherung auch im Eröffnungsverfahren sinnvoll
 - Unternehmensfortführung im Eröffnungsverfahren wird nicht unmöglich gemacht wegen § 64 Satz 2 GmbHG
- Anwendbarkeit **im eröffneten (Eigenverwaltungs-)Verfahren sehr str.**
 - h.M.: keine Anwendung, da Insolvenzmasse mit Verfahrenseröffnung konstituiert und Verfahren am Gläubigerinteresse ausgerichtet
 - Problem: Bei Eigenverwaltung fortbestehende Verfügungsbefugnis des Schuldners; keine Sicherheit für die Ausrichtung am Gläubigerinteresse

1. Anwendungsbereich

c) Internationaler Anwendungsbereich

- EuGH v. 4.12.2014 – RS C-295/13, ZIP 2015, 196: Klage am COMI nach Art. 3 I EuInsVO, wenn sie vom Insolvenzverwalter erhoben wird
- BGH v. 2.12.2014 – II ZR 119/14, ZIP 2015, 68 (**EuGH-Vorlage**): Erfassung auch von EU-Auslandsgesellschaften (insbes. Ltd.)
 - nach deutschem Verständnis ist § 64 GmbHG eine insolvenzrechtliche Norm (Rn. 8 ff.)
 - nach deutschem Verständnis Anwendbarkeit auf die Ltd. (Rn. 11)
 - insolvenzrechtliche Qualifikation auch nach Art. 4 I EuInsVO (Rn. 18 f.)
 - **Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften** ist kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, da nur ein Fehlverhalten geregelt wird, nicht die Verlegung des Verwaltungssitzes (Rn. 20 f.; a.A. *Mock*, NZI 2015, 85)

1. Anwendungsbereich

c) Internationaler Anwendungsbereich

- EuGH v. 10.12.2015 – RS C-594/14, ZIP 2015, 2468 – Kornhaas
 - **insolvenzrechtliche Qualifikation** des § 64 GmbHG nach Art. 4 I EulnsVO
 - Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften ist **kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit**, weil nicht an die deutschen Mindestkapitalvorschriften angeknüpft, sondern nur für Zahlungen nach Insolvenzreife gehaftet wird (Rn. 27). § 64 GmbHG regelt damit nicht den Marktzutritt, sondern nur die Ausübung der Tätigkeit (Rn. 28)
- ebenso schon *Bitter*, WM 2004, 2190; *Bitter*, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 299 (Download unter www.georg-bitter.de)
- BGH v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, ZIP 2016, 821 = WM 2016, 786

2. Haftungsadressat

- GmbH-**Geschäftsführer** (und entsprechende Organe der anderen erfassten Gesellschaftsformen ⇒ Folie 5)
- BGH ZIP 2009, 860: auch **Mitglieder eines gesetzlich verpflichtenden Aufsichtsrats** wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht (vgl. § 116 AktG i.V.m. §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
 - ⇒ Anlass für Überwachung, wenn Arbeitnehmer vorhanden sind: Verbot der Zahlung von Löhnen + Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung
- BGHZ 187, 60 – „Doberlug“: i.d.R. **keine Haftung der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats** (arg: § 52 GmbHG verweist nicht auf § 93 III AktG; Schaden i.S.v. § 93 II AktG fehlt regelmäßig)

3. Begriff der „Zahlung“

a) Vermögensabfluss aus dem Aktivvermögen

- bare Leistung an einzelne Gläubiger
- unbare Leistung vom *kreditorischen* Konto an einzelne Gläubiger
 - ❖ auch bei Lastschriftabbuchung (Grund: fehlender Widerruf)
- Warenlieferung oder sonstige (Dienst-)Leistung an einzelne Gläubiger
 - ⇕ ⇕ ⇕
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (Rn. 12): keine Haftung für nicht vom Organ veranlasste Masseschmälerung, insbes. bei zufälligem Untergang
- BGH ZIP 2009, 956: ggf. nicht bei Pfändung des Gesellschaftskontos (vgl. auch OLG München ZIP 2011, 277)

3. Begriff der „Zahlung“

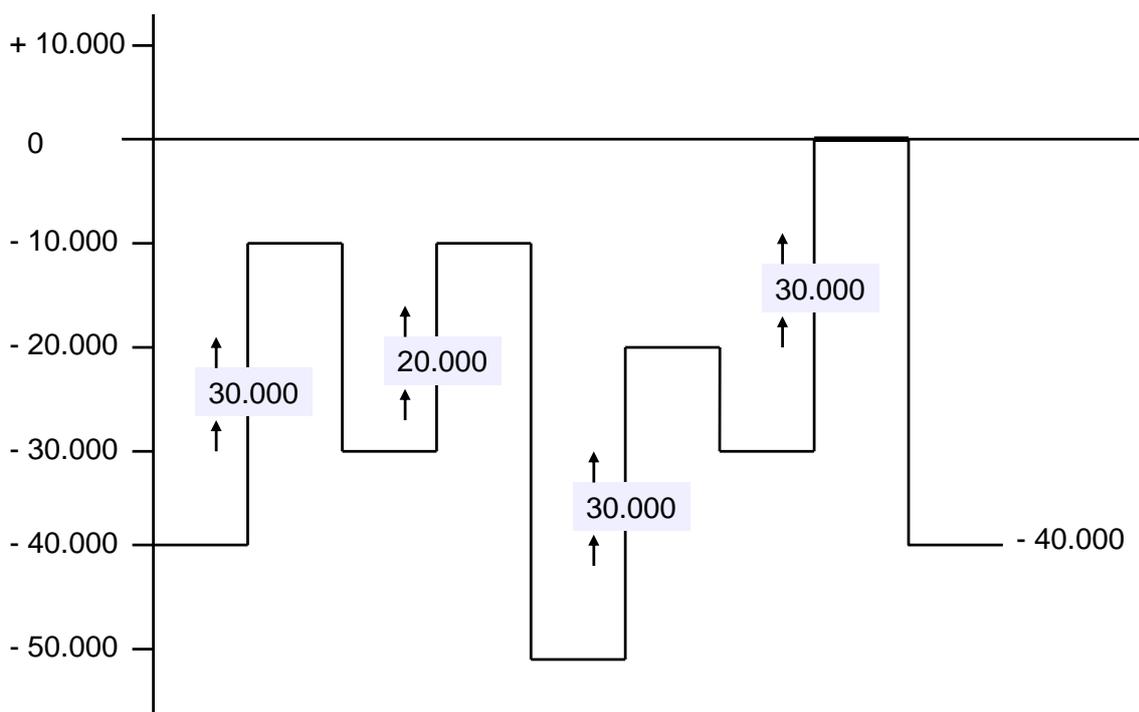
b) Kontoeingang beim debitorischen Konto als „Zahlung“

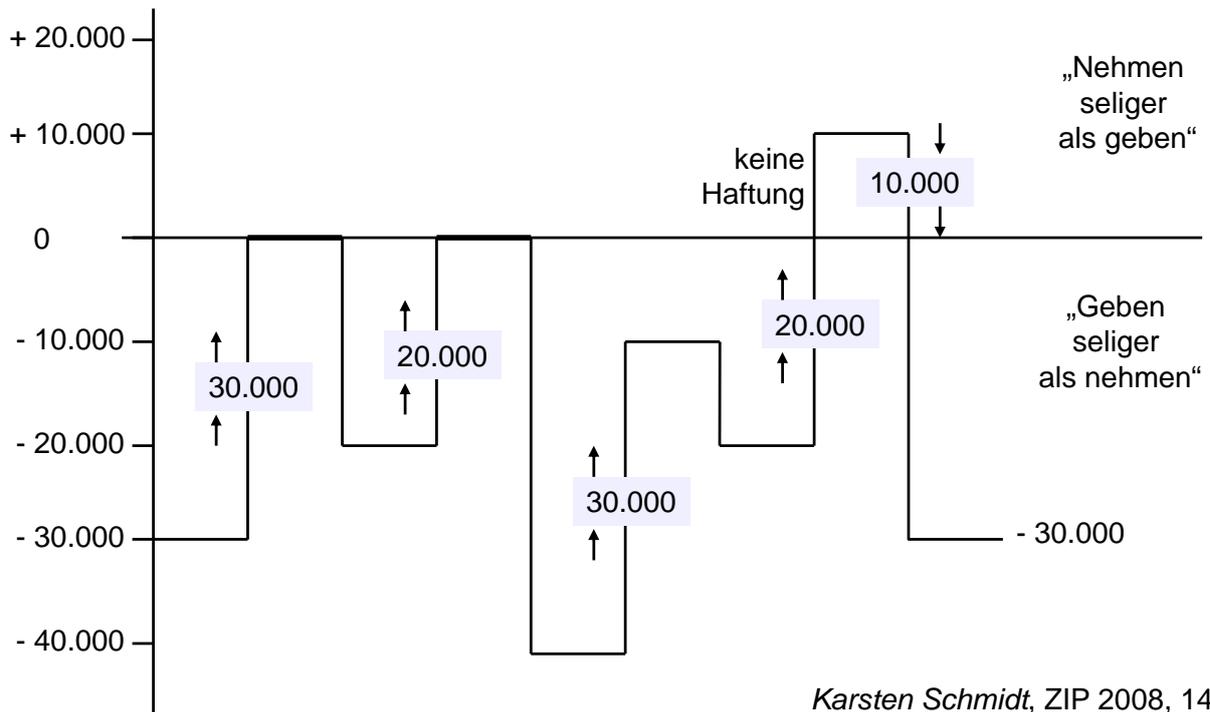
- BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184: Einzug von Kundenschecks auf ein *debitorisches* Bankkonto
 - ❖ Zahlung an die Bank durch Rückführung der Kreditlinie
- BGH ZIP 2007, 1006: Zahlungen von Gesellschaftsschuldern auf ein *debitorisches* Bankkonto der GmbH (Grund der Haftung: fehlende „Umleitung“ der Beträge auf ein kreditorisch geführtes Konto)
 - ❖ bestätigend BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn.16)

3. Begriff der „Zahlung“

c) Kontoausgang beim debitorischen Konto keine „Zahlung“

- BGH ZIP 2007, 1006 (Rn. 8); ZIP 2010, 470 (Rn. 10); BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 32): **bloßer Gläubigertausch** ⇒ Die Forderung der Bank aus dem Kontokorrentkredit tritt an die Stelle der Forderung des befriedigten Gläubigers
- Kritik: fehlende Trennung des Deckungs- und Valutaverhältnisses (und dies auch nur beim Zahlungsausgang vom debitorischen Konto)
 - ❖ richtig: Leistung der Bank an den Insolvenzschuldner (= potentielle Masse) + Abfluss von dort an den befriedigten Gläubiger
 - ❖ zur Insolvenzanfechtung: *Bitter*, in FS G. Fischer, 2008, S. 15, 29 ff.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 484, 518 f.





3. Begriff der „Zahlung“

d) Merksätze (nach *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401 ff.)

- debitorisches Konto: „Geben ist seliger denn nehmen.“
- kreditorisches Konto: „Nehmen ist seliger denn geben.“
- Achtung: System von Ausnahmen + Rückausnahmen
 - ⇒ Folien 17 f.
 - ⇒ Das Modell des BGH ist äußerst komplex und für die Praxis kaum mehr handhabbar.
 - ❖ *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7 f.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 583; *Casper*, ZIP 2016, 793, 799 ff.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 525 ff.

3. Begriff der „Zahlung“

e) Ausnahme = Umkehr der Haftungsrelevanz für debitorische Konten bei bestehender **Sicherheit der Bank** für die Kreditlinie

- Die Auszahlung ist kein Gläubigertausch, soweit die zuvor freie Sicherheit (wieder) haftet (BGH ZIP 2011, 422 [Rn. 26]).
- Der Eingang ist keine Masseschmälerung, weil die Leistung auf ein Absonderungsrecht der Bank erfolgt und somit im Umfang des Eingangs die Sicherheit frei wird (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 25 f.]).
 - Anfechtbarkeit der Sicherheit ist unerheblich (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 27 ff.])
- zusammenfassend BGH WM 2016, 974 = DB 2016, 1245 (Rn. 38 ff.)
- **Verjährungsproblem** bei Umstellung der Klage von Ein- zu Ausgängen (OLG Köln v. 16.3.2017 – 18 U 226/13, juris-Rz. 463 ff.).

- Rückausnahme für Sicherungsabtretung, wenn Forderung nach Insolvenzreife entsteht/werthaltig gemacht wird (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 21 ff.]; BGH WM 2016, 974 = DB 2016, 1245 [Rn. 42 ff.])
 - Frage: Gilt das auch beim Werthaltigmachen mit Geldern der Bank?
 - Beweislast für werthaltige Sicherheit bei Geschäftsführer (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 34]; BGH WM 2016, 974 [Rn. 45]; a.A. *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 168 f.)
- Rückausnahme von der Rückausnahme (= Wiederherstellung der Ausnahmesituation) für den Fall, dass die sicherungszedierte Forderung durch die Lieferung von Ware entsteht oder werthaltig gemacht wird, die zuvor im Sicherungseigentum der Bank stand (BGH ZIP 2016, 364 m. Anm. *Altmeyden*)
 - aber ggf. Zahlung beim Erwerb der sicherungsübereigneten Ware (BGH ZIP 2016, 364 [Rn. 26])

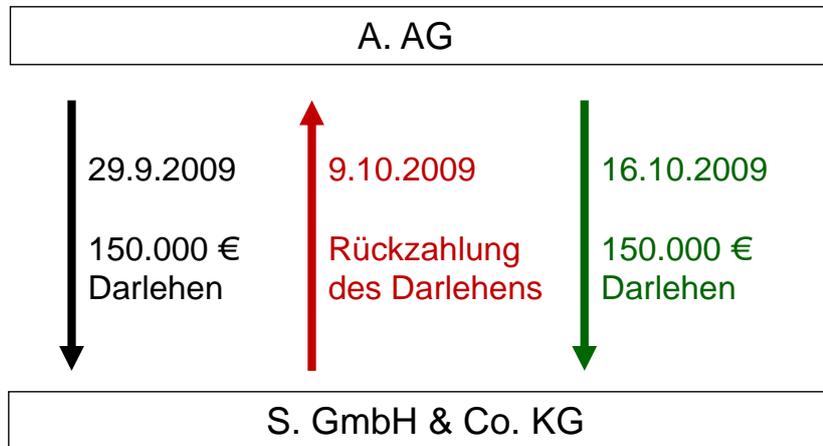
4. Hauptproblem: Haftungsumfang

- Rechtsprechung und h.M.: grundsätzlich Ersatz einzelner „Zahlungen“ (**Einzelbetrachtung**) ⇒ „Ersatzanspruch eigener Art“ – kein Schadensersatz
 - ❖ BGH ZIP 2007, 1501; BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 11);
Habersack/Foerster, ZGR 2016, 153 ff. m.w.N.
- Literatur z.T.: Ersatz der Masseschmälerung (**Gesamtbetrachtung**)
 - ❖ *Karsten Schmidt*, NZG 2015, 129 ff.; *Bitter*, WM 2001, 666 ff. und Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.; *Altmeyen*, ZIP 2015, 949 ff. u.a.
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 26):
keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang

5. Aktiventausch – Grundzüge

- BGH NJW 2003, 2316, 2317 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (*Bitter*):
„Allenfalls dann, wenn mit den von dem Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist und dort verblieben ist, kann erwogen werden, eine Masseverkürzung und damit einen Erstattungsanspruch gegen das Organmitglied zu verneinen [...].“
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71
 - keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang (vgl. auch BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 26] für die Leistung auf ein Absonderungsrecht)
 - **Der als Ausgleich erhaltene Gegenstand muss nicht noch bei Insolvenzeröffnung vorhanden sein.**

BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Kompensation nicht schon durch erneute Abrufmöglichkeit ab 9.10.2009, sondern erst mit erneuter Darlehensgewährung am 16.10.2009

5. Aktiventausch – Grundzüge

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 10 f.)

Auch in Fällen des Aktiventauschs liegt „zunächst eine zur Ersatzpflicht führende Zahlung vor. **Durch den Ausgleich entfällt vielmehr der aufgrund der Zahlung bestehende Anspruch gegen den Geschäftsführer.**“ (Rn. 10)

⇒ teleologische Begrenzung der Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG

„Da der die Erstattungspflicht auslösende Vorgang in der Schmälerung der Masse durch die einzelne Zahlung besteht, ist nicht jeder beliebige weitere Massezufluss als Ausgleich dieser Masseschmälerung zu berücksichtigen. Vielmehr **ist ein unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang mit der Zahlung erforderlich**, damit der Massezufluss der an und für sich erstattungspflichtigen Masseschmälerung zugeordnet werden kann.“ (Rn. 11)

6. Aktiventausch ↔ Bargeschäft

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 12 ff.)

„Die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO a.F. sind insoweit aber nicht entsprechend anwendbar.“ (Rn. 12)

Argument: unterschiedlicher Zweck des Anfechtungsrechts (§§ 129 ff. InsO, insbesondere § 142 InsO) einerseits und der Massesicherungspflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG andererseits

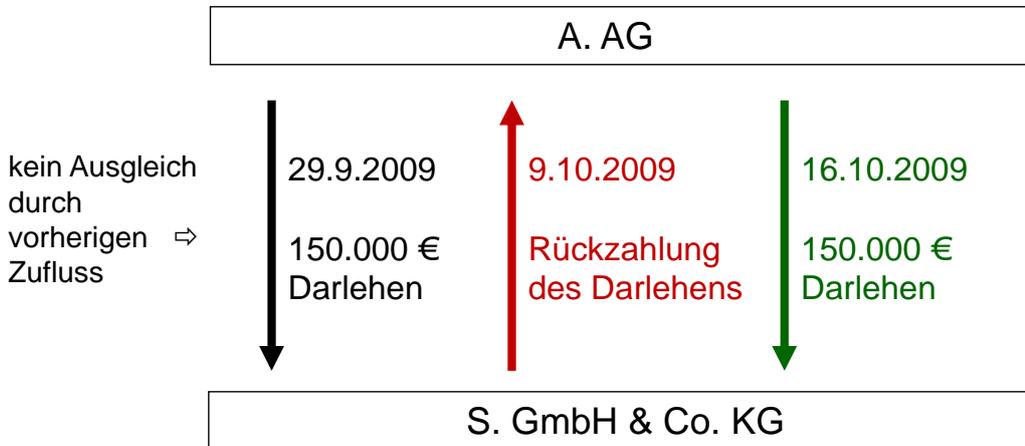
„Anders als § 142 InsO soll der Wegfall der Erstattungspflicht bei einer ausgleichenden Gegenleistung nach einer Zahlung im Sinne des § 64 Satz 1 GmbHG [...] nicht eine weitere Teilnahme der Schuldnerin am Geschäftsverkehr ermöglichen. Ab Insolvenzzreife darf der Geschäftsführer – abgesehen von der Ausnahme nach § 64 Satz 2 GmbHG – keine Zahlungen mehr leisten, sondern hat Insolvenzantrag zu stellen.“ (Rn. 15)

6. Aktiventausch ↔ Bargeschäft

- Unterschiede zwischen Aktiventausch und Bargeschäft i.S.v. § 142 InsO:

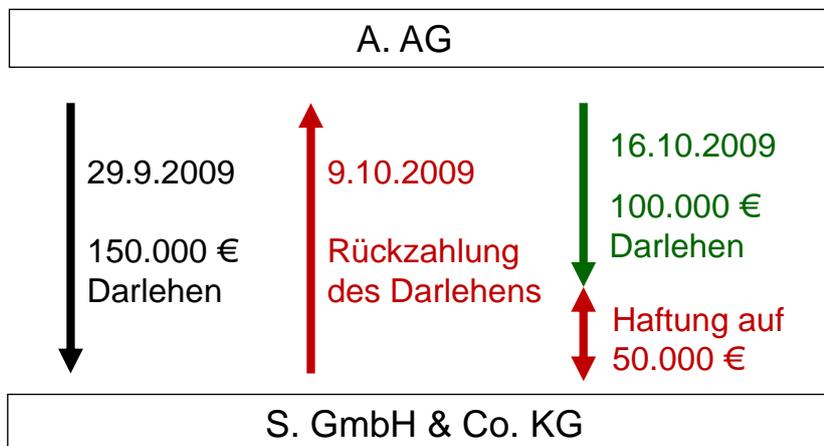
- Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 Satz 1 GmbHG ist das sehr zweifelhaft.
- Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung, während bei § 64 Satz 1 GmbHG auch eine partielle Gegenleistung angerechnet werden muss (BGHZ 203, 218, Leitsatz 1: „soweit“).
- Bei § 64 Satz 1 GmbHG kann auch eine vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachte Gegenleistung angerechnet werden, da nur „ein unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang“ gefordert wird (⇒ Folie 22).
- Ergebnis: richtig ist eher eine (partielle) Orientierung an den Grundsätzen der Rechtsprechung zu § 129 InsO (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 585 f.; zu § 129 InsO ausführlich *Bitter*, KTS 2016, 455 ff.)

BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



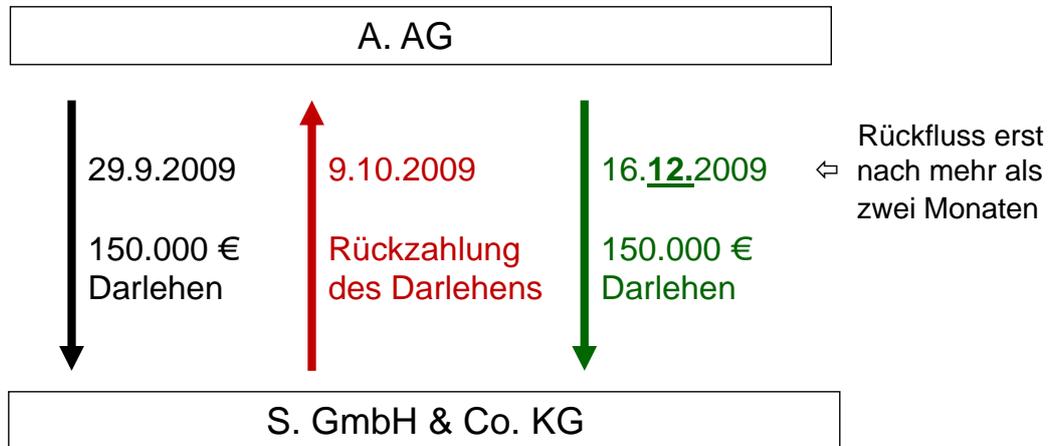
Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 Satz 1 GmbHG ist das sehr zweifelhaft.

Abwandlung 1 zu BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung, während bei § 64 Satz 1 GmbHG auch eine partielle Gegenleistung angerechnet werden muss.

Abwandlung 2 zu BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Bei § 64 Satz 1 GmbHG kann auch eine vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachte Gegenleistung angerechnet werden.

7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 18 ff.)

Gegenleistung muss im relevanten Zeitpunkt (Zugang zur Masse) durch die Gläubiger verwertbar sein. (Rn. 18)

Bei der Wertbemessung sind Liquidationswerte anzusetzen. (Rn. 19)

Eine reine Dienst- oder Arbeitsleistung genügt als Gegenleistung regelmäßig nicht, weil sie die Aktivmasse nicht erhöht. (Rn. 18)

Auch geringwertige Verbrauchsgüter (wie beispielsweise Kaffee) sind für die Gläubiger regelmäßig nicht verwertbar und damit als Gegenleistung ungeeignet. (Rn. 20)

7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- fehlende Überzeugungskraft der engen Grenzen des Aktiventauschs:
 - Errichtung eines Hauses: Kompensation nur im Umfang des gelieferten Baumaterials, nicht auch im Wert der Pläne von Architekten und Baustatikern oder der Arbeitsleistung der Handwerker?
 - Anbieter von Fachseminaren: keine Kompensation bei Dienstleistung der Referenten oder der Lieferung des Essens durch den Caterer, obwohl das Seminar mit Gewinn abgeschlossen wird?
 - Beratungsleistungen: generell keine Kompensation für Rechtsberatung, die Erstellung von Jahresabschlüssen, Sanierungsgutachten etc.?
- eigene Ansicht: Einzelbetrachtung führt (auch hier) in die Irre (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 586 f.)

1. Die Fokussierung auf einzelne Vermögensabflüsse führt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der haftungsbegründenden „Zahlung“, sondern auch bei der haftungsausschließenden „Kompensation“ in die Irre, weil eine einheitliche – im Zustand der Insolvenzreife fortgesetzte – Unternehmenstätigkeit willkürlich in Einzelsequenzen aufgespalten wird und dadurch die tatsächliche Masseschmälerung aus dem Blick gerät.
2. Der Gesetzgeber sollte die Masseschmälerungshaftung in § 64 GmbHG neu regeln. Nicht nur der Begriff der „Zahlung“ muss klargestellt werden, sondern auch das Verhältnis zwischen dem Massesicherungsgebot und der öffentlich-rechtlichen Pflicht, Beiträge zur Sozialversicherung sowie Steuern abzuführen.

Bitter, Zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für
„Zahlungen nach Insolvenzreife“, WM 2001, 666 - 672

Bitter, § 64 GmbHG – Neustart durch den Gesetzgeber erforderlich!,
in Festheft Knauth, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 - 11

Bitter/Baschnagel, Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern
in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1, ZInsO 2018, 557 - 597

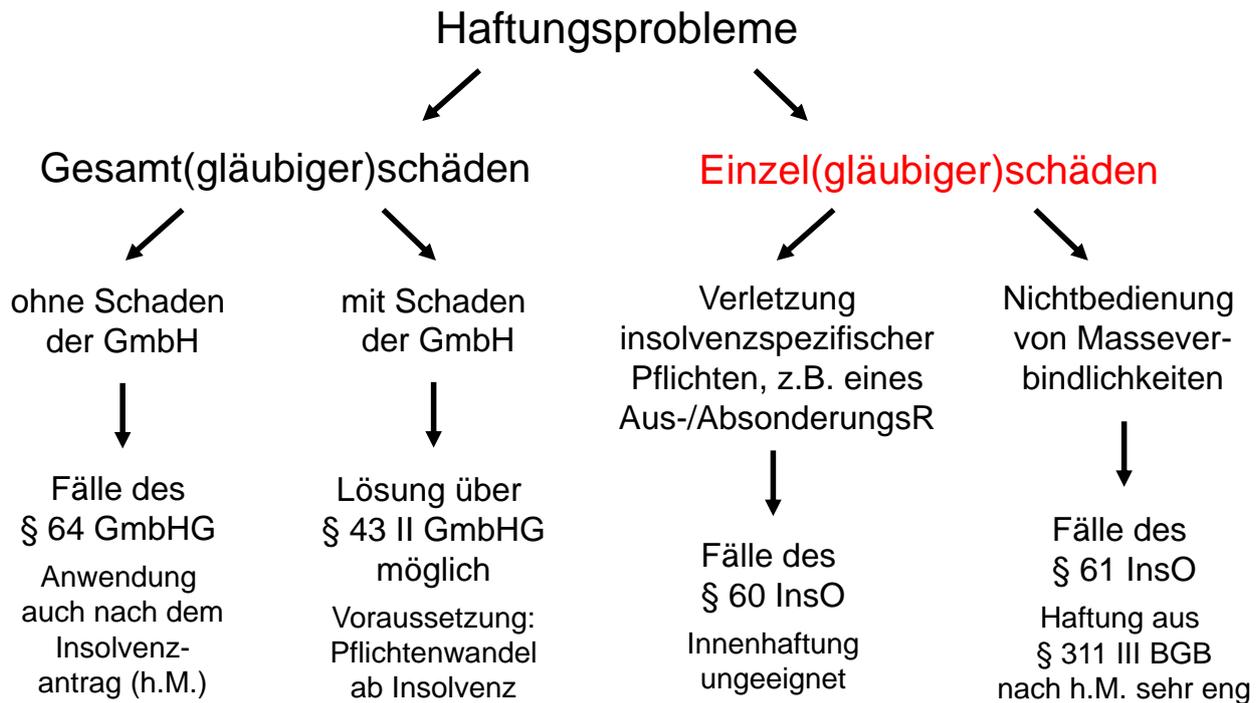
demnächst: Kommentierung des § 64 GmbHG im Scholz, GmbHG –
Großkommentar, Band 3, 12. Aufl. 2020

I. Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG

1. Anwendungsbereich
2. Haftungsadressat
3. Begriff der Zahlung
4. Hauptproblem: Haftungsumfang
5. Aktiventausch

II. Geschäftsführerhaftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung

1. Haftungsprobleme im Überblick
2. Das Urteil des BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 =
ZIP 2018, 977 m. Anm. *Bitter*
3. Offene Fragen nach dem Urteil des BGH



a) BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 – Entscheidungsgründe

- Planwidrige Regelungslücke – Historische Analyse
 - Gesetzgeber hat bei der Verweisung des § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO auf §§ 60, 61 InsO die Unterscheidung zwischen natürlichen Personen und juristischen Personen als Schuldner nicht bedacht (Rn. 23); bei juristischen Personen ist die Geschäftsleitung der eigentliche Adressat der Eigenverwaltung (Rn. 24)
 - **!** Kommission für Insolvenzrecht hielt die Haftung der Geschäftsleiter für eine Verletzung ihrer insolvenzrechtlichen Pflichten für selbstverständlich (Rn. 50), ging aber von einer Bestellung der Geschäftsleiter zum eigenverwaltenden Insolvenzverwalter mit der unmittelbaren Folge ihrer Haftung aus (Rn. 51)

a) BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 – Entscheidungsgründe

- Vergleichbare Interessenlage
 - Die Globalverweisung des § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO auf §§ 60, 61 InsO zeigt, dass eine Haftung für die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten nicht von einer ausdrücklichen Ernennung zum Insolvenzverwalter abhängt. ⇒ Der fehlende förmliche Beststellungsakt ist ohne Gewicht (Rn. 51)
 - **Die Stellung der Geschäftsleiter in der Eigenverwaltung entspricht weitgehend dem Amt des Insolvenzverwalters** (Rn. 19 + 52)
 - ⇒ Wahrnehmung insolvenzrechtlicher Rechte + Pflichten: Verfügungsbefugnis; Abwicklung gegenseitiger Verträge, § 279 InsO; Verwertungsrecht, § 282 InsO; Widerspruch gegen Forderungsfeststellung, § 283 InsO (Rn. 28 + 53)

b) Literaturstimmen zu BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977

- weitgehende Zustimmung
 - ⇒ *Bitter*, ZIP 2018, 986 ff.
 - ⇒ *Hölzle*, ZIP 2018, 1669 ff. (S. 1670: „Die Entscheidung des BGH ist ... nicht nur dogmatisch richtig, sondern auch in der Sache uneingeschränkt zu begrüßen.“)
 - ⇒ *Hofmann*, ZIP 2018, 1429 (S. 1430: „im Ergebnis äußerst begrüßenswert“)
 - ⇒ *Ludwig/Rühle*, GWR 2018, 221 („ausführliche und überzeugende Begründung“)
 - ⇒ *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C.)
 - ⇒ *Nassall*, jurisPR-BGHZivilR 13/2018 Anm. 2
 - ⇒ *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358
 - ⇒ *Thole*, EWIR 2018, 339, 340 (im Ergebnis)
 - ⇒ *Henne/Dittert*, DSStR 2018, 1671, 1676
 - ⇒ wohl auch *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405; *Hoos/Forster*, GmbHR 2018, 641, 642; *Weber*, NZI 2018, 553
- partielle Kritik: Regelungslücke zweifelhaft, aber im Ergebnis sachgerecht
 - ⇒ *Baumert*, LMK 2018, 407918; *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235; *Schwartz*, NZG 2018, 1013, 1014 ff.; *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 347

a) Übertragbarkeit auf die „Geschäftsleiter“ (Vertretungsorgane) aller insolvenzfähigen Verbände einschließlich e.V., Stiftung, Auslandsgesellschaften?

- befürwortend: *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. III.)

b) Übertragbarkeit auf die vorläufige Eigenverwaltung (§§ 270a, 270b InsO)?

- befürwortend: *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1670 f. („eindeutig“); *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2240 („folgerichtig“); *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358; *Podewils*, jurisPR-HaGesR 10/2018 Anm. 3; *Kruth/Jakobs*, DStR 2019, 999, 1005 (Argument: Änderung des Pflichtenkreises mit Insolvenzantrag)
- befürwortend für § 60 InsO allgemein sowie für § 61 InsO bei einer Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1430 f. und *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 347 f.
- ablehnend: *Baumert*, LMK 2018, 407918 (Ziff. 3)
- zurückhaltend für § 60 InsO *Madaus*, in FS Kayser, 2019, S. 533, 546 ff.

c) Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- Gesamtverantwortung bleibt durch Ressortverantwortung unberührt:
 - *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2241 (begrenzte Verantwortung verträgt sich nicht mit der Zuweisung originärer Aufgaben bei der Forderungsfeststellung [§ 283 InsO], der Fortsetzung gegenseitiger Verträge [§ 279 InsO] und der Verwertung von Sicherungsgut [§ 282 InsO]. § 276a InsO zeigt die umfassende Aufgabenzuweisung zur Geschäftsführung); zust. *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 348 f.; ebenso *Kleindiek*, in FS Kayser, 2019, S. 435, 460 ff.
- Gesamtverantwortung nur bei fehlender Ressortaufteilung:
 - *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1672 f. (ultra posse nemo obligatur; Arg. m.E. zw.); *Madaus*, in FS Kayser, 2019, S. 533, 540 ff. (§ 60 InsO), 545 (§ 61 InsO); *Schäfer*, ZRI 2020, 20, 25; wohl auch *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden AG oder GmbH, 2017, S. 280; HRI/*Flöther*, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 32

c) Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- Haftung jedenfalls bei einer Verletzung von Überwachungs- und Organisationspflichten, wobei die Überwachungspflichten erhöht sind (BeckOK-InsO/*Ellers*, 15. Ed. vom 25.7.2019, § 270 Rn. 75.2; ähnlich *Kleindiek*, in FS Kayser, 2019, S. 435, 462 i.V.m. S. 448 ff.)
- offen *Thole*, EWiR 2018, 339, 340; *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. III. 3.); *Weber*, NZI 2018, 553, 556

c) Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- bei gesellschaftsrechtlicher Haftung der Geschäftsleiter (§§ 43 GmbHG, 93 AktG) volle Verantwortung nur für das eigene Ressort; im Übrigen nur Pflicht zur Überwachung der anderen Geschäftsleiter

Voraussetzung nach bisher h.L.: schriftliche Fixierung der Ressortverteilung

Problem: Grenzen der Ressortverteilung bei nicht delegierbarem Kernbereich der Geschäftsführungsaufgaben (BGH DB 1994, 1351 = ZIP 1994, 891: § 15a InsO, § 64 Satz 1 GmbHG; ferner §§ 30, 31 GmbHG) oder Maßnahmen in Krisen-/Ausnahmesituationen, existenzielle Entscheidungen; bei Delegation öffentlich-rechtlicher Pflichten gesteigerte Überwachungspflichten

Fragen: (1) Gehören in der Eigenverwaltung (fast) alle Pflichten zum nicht delegierbaren Kernbereich, weil es um den Gläubigerschutz geht?
(2) Ist deshalb eine Entlastung beim Verschulden nicht möglich?

c) Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 zu § 64 GmbHG (dazu *Fleischer*, DB 2019, 472; *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209)
 - **persönliche Pflicht aller Geschäftsführer zur Erfüllung der Pflichten aus § 64 GmbHG a.F.;** keine Übertragung auf einzelne Geschäftsführer im Wege der Geschäftsverteilung (Rn. 14 mit Hinweis auf BGH DB 1994, 1351 = ZIP 1994, 891).
 - persönliche Verantwortung des Geschäftsführers für die Erfüllung der Insolvenzantragspflicht **schließt arbeitsteiliges Handeln bzw. Ressortverteilung nicht aus;** zulässige Verteilung der Geschäftsführungsaufgaben entbindet aber nicht von der Verantwortung für eine ordnungsgemäße Führung der Geschäfte; bei Wahrnehmung nicht übertragbarer Aufgaben wie der Einstandspflicht des Geschäftsführers für die Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung gilt ein **strenger Maßstab für die besonders weitgehenden Kontroll- und Überwachungspflichten gegenüber einem Mitgeschäftsführer** (Rn. 15)

c) Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 zu § 64 GmbHG
 - Ressortaufteilung durch **klare und eindeutige Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben**; alle Organmitglieder müssen die Aufgabenzuweisung mittragen; Sicherstellung der vollständigen Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür **fachlich und persönlich geeignete Personen**; **ungeachtet der Ressortzuständigkeit eines einzelnen Geschäftsführers muss die Zuständigkeit des Gesamtorgans insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten der Geschäftsführung gewahrt bleiben** (Rn. 17 und 19-21)
?
 - **Ressortverteilung muss nicht zwingend schriftlich oder ausdrücklich** erfolgen;
Aber: schriftliche Dokumentation als naheliegendes und geeignetes Mittel für eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung; Ausdrücklichkeit reduziert die Gefahr von Missverständnissen (Rn. 17 und 22-26 mit Abgrenzung zur Rspr. des BFH)

c) Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- *Kleindiek*, in FS Kayser, 2019, S. 435, 448 ff.; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 138a (ähnlich *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 ff.)
 - Auch bei „delegierbaren Pflichten“ kann sich der Geschäftsführer durch Ressortaufteilung oder Delegation an Dritte seiner Kontroll- und Überwachungspflichten nicht entledigen.
 - Es gibt keine „nicht delegierbaren Pflichten“; gemeint sind gesteigerte Anforderungen an die Kontroll- und Überwachungspflichten bei Zuweisung *bestimmter* Geschäftsführungsaufgaben.

d) Anwendbarkeit der §§ 60, 61 InsO auf den CRO als Generalbevollmächtigten/Prokuristen?

- befürwortend: *Baumert*, LMK 2018, 407918 (Ziff. 3); *Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329 ff. (funktionell-operative statt systemische Betrachtung; Haftungslücken, wenn sich der CRO vertraglich von der Haftung freizeichnet); tendenziell auch *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 349
- ablehnend (mit ausdrücklicher Ausnahme für faktische Geschäftsführung): *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2240; HRI/*Flöther*, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 34a; *Pape*, ZInsO 2019, 2033, 2034 f.; *Madaus*, in FS Kayser, 2019, S. 533, 538 ff. und 544 f.
- ablehnend (ohne Heranziehung der Grundsätze zur faktischen Geschäftsführung): *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1671 f.

d) Anwendbarkeit der §§ 60, 61 InsO auf den CRO als Generalbevollmächtigten/Prokuristen?

- ablehnend ferner *Weber*, NZI 2018, 553, 555 f. (Argument: Weisungsbindung gegenüber der Geschäftsleitung); *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237 (das Argument des BGH „Funktionswahrnehmung führt zur Haftung“ muss begrenzt werden)
- offen: *Thole*, EWiR 2018, 339, 340 (Relevanz faktischer Geschäftsführung); *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. III. 3.); *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406 (Haftung des „faktischen Geschäftsführers“ nicht ausgeschlossen)

e) Privilegierung des Geschäftsleiters analog § 60 Abs. 2 InsO beim Einsatz von Angestellten des Schuldners?

- befürwortend: *Schaal*, a.a.O., S. 278 f. m.w.N. auch zur Gegenansicht; *Weber*, NZI 2018, 553, 556 (Haftung der Organmitglieder nur für eigenes pflichtwidriges Tun oder Unterlassen); *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2241 (Allein die Personalverantwortung ist nicht geeignet, den Geschäftsleitern jeden Fehler der Mitarbeiter über § 278 BGB anzulasten.); *Schäfer*, ZRI 2020, 20, 25
- ablehnend: *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1431 (Argumente: Einstellung jener Mitarbeiter ist dem Geschäftsleiter – anders als einem Insolvenzverwalter – zuzurechnen; bei fehlender Eignung der Mitarbeiter kann der Geschäftsleiter es unterlassen, den Weg in die Eigenverwaltung zu beschreiten); *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 349 (Argument: eigene, nicht fremde Mitarbeiter; anders aber bei Bestellung eines CRO); BeckOK-InsO/*Ellers*, 15. Ed. vom 25.7.2019, § 270 Rn. 75.3
- zur Haftung des Insolvenzverwalters für Mitarbeiter *Gehrlein*, ZInsO 2020, 165 ff.

f) Vertraglicher Ausschluss der Haftung möglich?

- befürwortend: *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406 bei Individualvereinbarung
- verneinend: *Schaal*, a.a.O., S. 280 (Vergleich zum Insolvenzverwalter); *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2241 (Argument: gesetzliche Haftung)
- aber: CRO ohne Geschäftsführerstellung kann seine (interne) Haftung vertraglich beschränken (*Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329, 2332)

g) Erfassung der Haftung durch die klassische D&O-Versicherung?

- offen: *Thole*, EWiR 2018, 339, 340; HRI/*Flöther*, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 33
- ablehnend: *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. II. „über die D&O-Versicherung bisheriger Prägung hinausgehend“; „Kosten sind der Masse aufzuerlegen“); *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237 („oftmals Klauseln ..., die eine Eintrittspflicht in diesen Fällen ausschließen“; Versicherungsmarkt wird die Frage mittelfristig regeln; Einpreisung des Risikos in die Vergütung); ablehnend wohl auch – mit der Empfehlung, bestehende D&O-Policen auf die Erfassung von Haftungsansprüchen analog §§ 60, 61 InsO zu überprüfen – *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358; *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406; *Henne/Dittert*, DStR 2018, 1671, 1676; *Schaal*, a.a.O., S. 281

h) Fehlender Versicherungsschutz als Nachteil

i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO?

- dafür: HRI/*Flöther*, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 33
- tendenziell in diese Richtung *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1435 mit Fn. 45 (Gerichte und Gläubiger werden eine hinreichende Versicherung – wie beim Insolvenzverwalter – erwarten; Problem aber bei natürlicher Person als Eigenverwalter; dann steht kein haftender Dritter zur Verfügung); *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 349
- dagegen: *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2241 (es genügt das Vorhalten einer üblichen Versicherung für Geschäftsführer)
- offen: *Schwartz*, NZG 2018, 1013, 1016 („Abschluss von Haftpflichtversicherungen ... zu empfehlen“)

i) Kein CIO im Organ als Nachteil i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO?

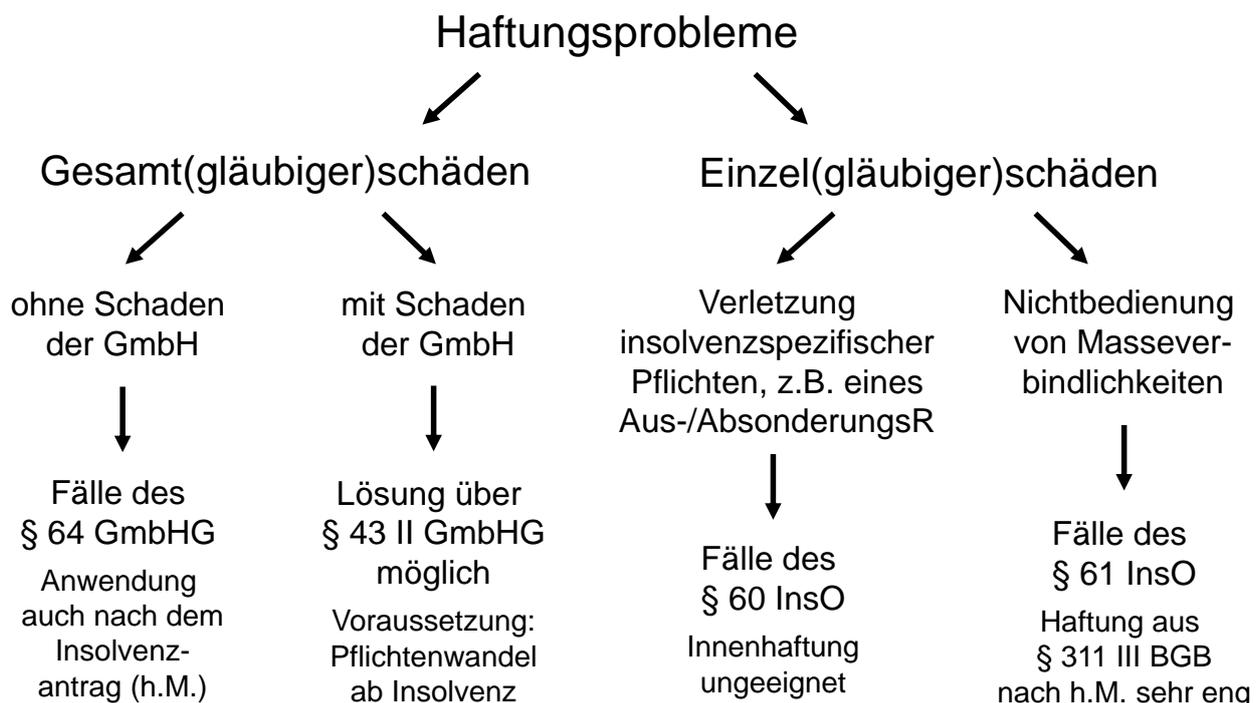
- befürwortend: *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1674 f. (Die Durchführung der Eigenverwaltung ohne die Berufung eines dem Standard des § 56 Abs. 1 InsO entsprechenden Insolvenzrechtsexperten als CIO in das Organ [= nicht nur in die Position eines Generalbevollmächtigten/Prokuristen] ist als Nachteil i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO anzusehen.)
 - ⇒ In der Sache wäre damit eine Eigenverwaltung ohne „Insolvenzverwalter“ als Geschäftsführer/Vorstand unmöglich.
- sympathisierend: *Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329, 2332 („beachtliche Auffassung“)
- ablehnend: *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2241 (Gesetzgeber sieht die Eigenverwaltung ohne Insolvenzverwalter vor; keine Umgehung dieser Wertung)

k) Organhaftung analog § 61 InsO auch neben einer Sachwalterhaftung gemäß §§ 277 I 3, 61 InsO?

- ablehnend: *Schaal*, a.a.O., S. 282
 - ⇒ Fehlendes Bedürfnis für eine Gesamtschuld, da Sachwalterhaftung als zusätzliche Haftungsmasse zur Verfügung steht; Sachwalter als „wahrer Entscheidungsträger“; keine Privilegierung gegenüber der Fremdverwaltung (dort nur ein Haftungsschuldner)

m) Allgemeine Organhaftung (§§ 43 GmbHG, 93 AktG und §§ 64 GmbHG, 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG) neben §§ 60, 61 InsO?

- befürwortend die bisher wohl h.M., freilich ohne explizite Diskussion
- ablehnend *Schaal*, a.a.O., S. 282 f. (Haftungsgleichlauf zur Fremdverwaltung)
- im Grundsatz ablehnend *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1431 f. (§§ 64 GmbHG, 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG gelten nur für Zahlungen vor Bestellung eines vorläufigen Sachwalters; §§ 43 GmbHG, 93 AktG gelten nur bei Beeinträchtigung der Gesellschafterinteressen; Umorientierung der Organpflichten auf den Insolvenzzweck nicht mehr nötig)
- tendenziell ablehnend wohl auch *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237 f. (Bedeutung für die Verjährung, die Beweislastverteilung und die gesamtschuldnerische Haftung; Verhinderung der für den Geschäftsführer unglücklichen Position, „Diener zweier Herren“ zu sein)



n) Einzelfragen zur Anwendung der Organhaftung

- *Ziemons*, in FS Bergmann, 2018, S. 923, 928 ff.
- Geltung einer Insolvency Judgement Rule (IJR)?
 - Anerkennung in § 93 I 2 AktG (unternehmerische Entscheidung; auf der Grundlage angemessener Information; im guten Glauben zum Wohle der Gesellschaft ohne Eigeninteressen und sachfremde Einflüsse)
 - Geltung auch im GmbH-Recht (*Bitter/Heim*, GesR, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 141)
 - Übertragbarkeit auf das Insolvenzverfahren streitig (auch beim Insolvenzverwalter); jedenfalls Ersetzung des „Gesellschaftsinteresses“ durch das Interesse der Insolvenzmasse
 - IX. Zivilsenat des BGH betont den „weiten Ermessensspielraum“ des Verwalters (BGHZ 214, 220 = ZIP 2017, 779, Rn. 15; ZIP 2013, 531, Rn. 8); aber Ermessen ist nicht anzuerkennen, wenn die Voraussetzungen der IJR nicht eingreifen

n) Einzelfragen zur Anwendung der Organhaftung

- Entlastung durch Zustimmung der Gläubigerorgane oder des Sachwalters?
 - keine Entlastung bei Zustimmung des **Sachwalters** (Vergleich zum Verhältnis zwischen Vorstand und zustimmendem Aufsichtsrat); vielmehr Gesamtschuld
 - ❖ Problem: Entlastung bei Unterlassen wegen fehlender Zustimmung?
 - Entlastung bei Zustimmung der **Gläubigerversammlung** als oberstem Organ zur Bildung des Gläubigerwillens; Voraussetzung: vorherige richtige und umfassende Information über alle entscheidungsrelevanten Umstände; Argument: *venire contra factum proprium* bei späterer Inanspruchnahme des Geschäftsleiters
 - Entlastung bei Zustimmung des **Gläubigerausschusses**?
 - ❖ bejahend *Ziemons*, in FS Bergmann, 2018, S. 923, 932 ff.
 - ❖ zweifelnd *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 567 mit Fn. 135: jedenfalls nur im „Leitungsbereich“ (vgl. etwa § 158 InsO), nicht aber im allgemeinen Überwachungsbereich des § 69 InsO.

© 2020

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.

www.zis.uni-mannheim.de